



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

MARCELO YAMADA PAES

**OS EFEITOS DA HABILITAÇÃO NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO MEDIANTE
LICITAÇÃO**

BRASÍLIA
2016

MARCELO YAMADA PAES

OS EFEITOS DA HABILITAÇÃO NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida Barbosa.

BRASÍLIA
2016

MARCELO YAMADA PAES

OS EFEITOS DA HABILITAÇÃO NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida Barbosa.

Brasília, de de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Salomão Almeida Barbosa, MSc.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha família e amigos, pelo amor, compreensão, apoio e paciência dedicados.

Aos colegas de trabalho da Coordenação-Geral de Licitações e Contratos de Insumos Estratégicos para Saúde – CGLIS, do Ministério da Saúde.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a habilitação no processo de aquisição por meio da licitação. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial para embasar este trabalho. Analisou-se, inicialmente, o arcabouço jurídico das licitações de maneira geral, foi apresentado um breve conceito de Licitação, detalhando os princípios mais importantes e as modalidades de licitação. Em sequência, apresentou-se a legislação que normatiza as fases interna e externa da licitação. De forma detalhada a externalização do processo de licitação por meio do aviso de edital e os direitos das empresas participantes em impugnar o edital do processo. Foram descritas a execução do certame a partir da assinatura do termo de contrato, da prestação da garantia, execução e fiscalização do contrato. Por fim, demonstraram-se as formas e os efeitos da habilitação caso a empresa cumpra todos os requisitos presentes no Edital e seus impedimentos em casos de descumprimentos e suspeições. Verificaram-se também as possibilidades de aprimoramento do processo na busca da proposta mais vantajosa para a Administração e o atingimento de seus objetivos demonstrando a importância da habilitação em todo o processo de licitação.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação. Habilitação. Fase Interna. Fase Externa. Contrato. Garantia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LICITAÇÃO	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 Princípios Constitucionais	16
1.3 Modalidades.....	19
2 FASES	23
2.1 Fase Interna	24
2.2 Fase Externa	29
2.2.1 Publicação do aviso do edital	29
2.2.2 Direito à impugnação do edital.....	31
2.2.3 Recebimento dos envelopes	32
2.2.4 Habilitação das licitantes.....	34
2.2.5 Julgamento pela comissão de licitação.....	36
2.2.6 Homologação	37
2.2.7 Adjudicação	39
3 EXECUÇÃO DA LICITAÇÃO.....	40
3.1 Da assinatura do contrato	40
3.2 Da prestação e da devolução da garantia.....	41
3.3 Da execução e fiscalização do contrato	42
4 EFEITOS DA HABILITAÇÃO.....	46
4.1 Da habilitação	46
4.1.1 Da habilitação jurídica.....	50
4.1.2 Da qualificação técnica	51
4.1.3 Da qualificação econômico -financeira	54
4.1.4 Da regularidade fiscal.....	55
4.1.5 Da regularidade fiscal trabalhista	56
4.1.6 Da proteção ao trabalhador menor	57
4.2 Aspecto espacial, material e formal na habilitação.....	58
4.3 Da inabilitação.....	59
4.3.1 Impedimento de participar da licitação e da contratação	60
4.3.2 Suspensão no direito de licitar e contratar com a Administração Pública.....	60
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para realização deste trabalho tem o intuito de demonstrar a importância da habilitação no processo de licitação. A empresa participante e/ou vencedora deve apresentar todos os requisitos exigidos no edital, para participar do processo de aquisição de insumos ou serviços, tanto na fase de contratação quanto na execução do contrato.

A licitação deve gerar o melhor negócio para o atendimento das demandas sociais. O processo tem como finalidade assegurar a proposta mais vantajosa para o poder público e garantir a participação do maior número de participantes, além de assegurar igualdade de participação a todos os interessados.

Conforme Di Pietro, define-se licitação:

“(...) pode-se definir a licitação como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.¹

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é a norma máxima do país, dela originam-se os princípios constitucionais que balizam todo o processo administrativo; em seu artigo 37, inciso XXI, a Carta Magna determina, em regra, a aquisição mediante processo de licitação pública. As regras gerais estão presentes na Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, já as regras específicas estão esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, que trata da modalidade de licitação pregão.

O assunto a ser tratado aborda a importância do cumprimento dos requisitos econômicos, financeiros e jurídicos para o cumprimento do processo licitatório e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Com isso, o cumprimento dos requisitos do edital é de suma importância para habilitação, já que a lei do contrato deve ser cumprida de forma a evitar a desclassificação ou a sua inabilitação do interessado, ou até mesmo a anulação do processo de licitação. Para Di Pietro:

“Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 373.

convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), neste ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei de licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular do contrato pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.”²

O órgão responsável pela licitação é competente pela aplicação das normas e sanções aos licitantes que descumprirem os requisitos legais do certame. Ele fiscaliza e orienta todo processo administrativo. Conforme citação acima de Di Pietro a vinculação é obrigatória, não dando liberdade tanto para o Administrador Público como para o interessado.

Toda aquisição pública é feita por meio de processo administrativo. A necessidade da aquisição surge a partir de uma demanda social, a Administração Pública mensura e solidifica essas informações por meio de um Termo de Referência (TR). Este documento está presente na fase anterior à licitação. Sua finalidade é demonstrar e embasar a necessidade pública e justificar a contratação de um produto ou serviço.

O Termo de Referência possui informações que orientam a área de licitação, após a sua formalização, é elaborado o edital ou, dependendo da modalidade, é elaborado a Nota Técnica que autoriza a contratação direta por meio de Dispensa ou Inexigibilidade de Contratação.

O processo de licitação é o meio legal e transparente da qual o poder público adquire bens e serviços. Ele é norteado por princípios inerentes ao poder público e pelo edital. Não se pode falar apenas na aplicação da lei, já que dependendo do caso concreto, os princípios constitucionais podem balizar a decisão a ser tomada em benefício da sociedade. Por estes motivos, a finalidade é demonstrar a importância da habilitação e as fases que a empresa é obrigada a apresentar todos os documentos que comprovam a sua devida regularidade.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 374.

1. LICITAÇÃO

1.1 Conceito

O Estado procura atender as necessidades da sociedade por meio de programas sociais. Eles são essenciais para atingir os objetivos e as metas governamentais, presentes em seus programas de trabalho. O administrador da coisa pública tem uma função essencial e estratégica para o Estado, ele é o responsável pela gestão e aplicação dos recursos com a finalidade de cumprir os programas governamentais. Para Alexandre de Moraes:

“A função de administrador da coisa pública, além de compreender a condução da unidade política, corresponde a realização de atos e contratos de natureza negocial, envolvendo bens e serviços de que necessita para o desenvolvimento das próprias atividades.”³

A Administração Pública tem a função de desenvolver as políticas públicas e aplicá-las de forma a atender as demandas sociais. Para Alexandre de Moraes, Administração Pública é definida como:

“A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas ao qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”⁴

Em certos casos, o Estado é obrigado a contratar um particular para adquirir um bem ou um serviço, ou alienar um bem que não atende mais as suas necessidades. Ao Contrário do mercado privado, na qual adquire, aliena ou contrata um serviço conforme atendimento das suas necessidades, baseadas na decisão do gestor privado. Essa liberdade faz com que a escolha da forma, critério ou modalidade seja baseada na melhor escolha para o indivíduo. O gestor fica livre para escolher a forma de realizar as compras, alienações, contratações de serviços, entre outros.

Na esfera pública, além de atender as demandas da forma mais eficaz e eficiente, o gestor público ou ordenador de despesa é obrigado a seguir as normas e procedimentos preestabelecidos em lei. Alexandre de Moraes frisa que o princípio da legalidade é de suma importância, pois toda ação deve ser balizada conforme os normativos.

“Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 379.

⁴ *Ibidem* p. 340.

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.”⁵

O interessado em participar do processo de licitação deve respeitar as regras e prazos pertinentes. As regras devem ser oriundas do Edital e da Lei nº. 8.666/1993 que permite a escolha da melhor proposta para a Administração Pública. A mais vantajosa é um dos pilares do processo, nela o gestor público busca atender a demanda específica do órgão contratante com eficiência e eficácia.

Outra finalidade da licitação é a busca do maior número de participantes dando a eles a mesma oportunidade para concorrer. Neste caso, as regras pertinentes ao Edital não podem limitar, nem frustrar a participação dos que possuem requisitos para concorrer. O direcionamento de propostas ou objetos irá viciar o processo licitatório, podendo então ser anulado e os gestores públicos podem responder administrativamente.

Para Diógenes Gasparini, as finalidades de licitação são:

“Duas são as finalidades da licitação. De fato, a licitação visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende, especialmente, em termos financeiros aos interesses da entidade licitante), e, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas, consoante estabelece o art. 3º da Lei federal n. 8.666/93, com as alterações introduzidas posteriormente pelas Leis federais n. 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/994.”⁶

Neste mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) posicionou-se de forma, que todo processo de licitação deve abranger o maior número de participantes, com a finalidade de escolher a melhor proposta. Conforme o STJ:

“o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração.”⁷

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 377.

⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva 2012. p. 533.

⁷ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Mandato de Segurança. MS 5.602/DF, Pleno. Relator Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 9 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MS+5602&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

A Administração Pública busca a proposta mais vantajosa. O interesse público deve sobressair, em relação ao interesse particular. Está vinculada a norma e ao critério objetivo que prepondera em todo processo de licitação. A discricionariedade acontece apenas nos casos em que a própria norma permite ao gestor público escolher entre as opções disponíveis na norma. Neste sentido Diógenes Gasparini conceitua licitação:

“Por tudo o que afirmamos, a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. A pessoa obrigada a licitar é denominada licitante e a que participa do procedimento da licitação, com a expectativa de vencê-la e ser contratada, é chamada de proponente ou licitante particular.”⁸

A Licitação é um procedimento para a contratação de obras, serviços, compras e alienações do Poder Público. Expressa no texto constitucional, no art. 37, inciso XXI, ela é obrigatória para qualquer Poder da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”⁹

A ordem constitucional exige que a contratação seja por meio da licitação. Ela vincula todos os Poderes a utilizar as regras gerais expressas na Lei nº. 8.666/1993. Conforme Alexandre de Moraes:

“A Constituição Federal exige a licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois o princípio da licitação representa exigência superior da própria moralidade administrativa e, como tal, a sua dispensa deverá ocorrer excepcionalmente em casos expressamente especificados em lei, respeitando sempre o interesse público.”¹⁰

⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva 2012. p. 533.

⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 07 ago. 2015.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 379.

Neste mesmo sentido Diógenes Gasparini conceitua a Lei nº. 8.666/1993 como a Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública que disciplinou o artigo 37 da CF/88:

“A Lei nº. 8.666/93, chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ou de Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos ou, simplesmente, de Estatuto federal Licitatório, regulamentou o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.”¹¹

A Lei nº. 8.666/1993 disciplina as normas gerais de licitação e contratos presentes na Constituição Federal. Ela é fonte primária quando o assunto é a contratação por meio deste procedimento administrativo. Não é a única a disciplinar esta matéria, já que depois da sua vigência surgiram outras normas que evoluíram todo processo licitatório.

Um exemplo é a Lei nº. 10.520, de 17 de julho 2002, cujo preâmbulo:

“Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”¹²

Outro exemplo é a Lei nº. 12.232, de 29 de abril de 2010, ela inseriu normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda. Onde: “Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências”¹³.

Um exemplo mais atual é a Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011; determinou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), voltada para a Copa das Confederações, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos. *in verbis*:

“Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de

¹¹GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva 2012. p. 534.

¹² BRASIL. *Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 08 set. 2015.

¹³ BRASIL. *Lei nº. 12.232 de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm. Acesso em: 08 set. 2015.

setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998.”¹⁴

Com isso, normas infraconstitucionais servem para orientar, modernizar e ampliar a evolução político-social do país que buscam aumentar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes. Exemplo disso é o Art. 1º, § 1º da Lei 12.462/2011.

“Art. 1º - É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: (...)
 § 1º O RDC tem por objetivos: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
 II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
 III - incentivar a inovação tecnológica; e
 IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”¹⁵

A licitação é um procedimento vinculado, suas regras são de cumprimento obrigatório, onde o Administrador Público deve observá-las de forma rigorosa. As normas resguardam o direito dos interessados e a probidade para realizar o certame, cumprindo então o princípio da probidade administrativa, presente no art. 3º da Lei 8.666/1993. *in verbis*:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

¹⁴ BRASIL. *Lei nº. 12.462 de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº. 12.232 de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em 08 set. 2015.

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”¹⁶

Em seu artigo 22, inciso XXVII, da Lei nº 8.666/1993, a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pertence à União. As normas específicas competem aos Estados, Distrito Federal e Município. Além disso, o legislador ordinário taxou quem deve obedecer ao disposto, neste caso: administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e empresas públicas e sociedade de economia mista.

Para contratar com a Administração Pública, os interessados devem cumprir todas as formalidades presentes na Lei nº. 8.666/1993. A licitação é um procedimento relacionado a um processo administrativo. Todos os requisitos formais e materiais devem ser respeitados, cada modalidade de licitação possui suas peculiaridades. Com isso, licitação tem um conceito amplo, mas restrito na sua aplicação para cada tipo de modalidade existente.

Com isso o conceito de licitação proposto por José dos Santos Carvalho Filho é:

“[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelo vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”¹⁷

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de licitação é mais amplo, na qual deve selecionar a melhor proposta, conforme os parâmetros estabelecidos no seu edital, cuja definição:

“É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessando na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.”¹⁸

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro não se deve confundir processo com procedimento. Licitação é um procedimento que executa os passos para alcançar a finalidade

¹⁶ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm> . Acesso em: 08 set. 2015.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238.

¹⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 526.

de um processo administrativo, que seria então uma compra, alienação, contratação de serviços ou qualquer outro objeto para aquisição por parte da Administração Pública, Com isso:

“Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.”¹⁹

A licitação é uma fase anterior à celebração do contrato administrativo entre o ente público e o vencedor do certame. Qualquer um que exerça função administrativa, independente do Poder, estará vinculado às normas, onde deverá obedecer às regras pertinentes, conforme parágrafo 1º do art. 1º e art. 117, da Lei nº. 8.666/1993.

“Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 117. As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas.”²⁰

Sua obrigatoriedade é expressa no art. 37, XXI, da CF/88, que exceto em casos expressos nas normas infraconstitucionais:

“[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”²¹

Se o critério de escolha para contratação fosse livre, como nas empresas privadas, as aquisições públicas poderiam ser prejudicadas devido à influência do interesse pessoal do licitante e dos interesses escusos das empresas privadas. Com isso,

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: atlas, 2006. p. 596.

²⁰ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm . Acesso em 07/08/2015. Acesso em: 10 ago. 2015.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 ago. 2015.

“Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprios, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.”²²

O conceito de licitação é baseado em dois elementos: objetivo (razão de ser do instrumento) e a sua natureza jurídica. Por ter natureza formal e jurídica, o Administrador Público deve seguir as normas pertinentes e seguir uma sequência de atos e atividades, devidamente formalizadas, para então assim, atingir o objetivo almejado e atender o interesse público.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, conceitua-se licitação como:

“[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlada selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”²³

Com isso, licitação é um procedimento administrativo vinculado às normas norteadoras do processo de licitação, que além de cumprir as exigências legais, deve-se respeitar os princípios constitucionais que direcionam todo certame. Na qual busca a proposta mais vantajosa, para atender as demandas sociais. É um procedimento administrativo que busca a contratação mais eficiente e eficaz, para a execução das políticas públicas do Governo

1.2 Princípios Constitucionais

A licitação é fundamentada no princípio constitucional da moralidade administrativa, expresso no art. 37, da CF/88. Ela guia a conduta dos agentes públicos, com a intenção de prevenir eventuais condutas que possam impedir o interesse público. Conforme José dos Santos Carvalho Filho:

“[...] moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte dos

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 237.

²³ *Ibidem* p. 238.

particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que apresenta.”²⁴

Em alguns casos, o Administrador Público pode impor vedação a um interessado, já que seu dever legal é realizar um procedimento inidôneo e firmar contrato com aquele que apresentou a melhor proposta. A moralidade está relacionada diretamente com o princípio da impessoalidade, previsto também no art. 37, caput da CF/88, onde o servidor público não pode favorecer nenhum interessado e dispensa tratamento impessoal a todos, vinculado restritamente naquilo que a lei permite.

A competição entre os interessados é essencial para qualquer processo de licitação. A proposta, mais vantajosa para a Administração, permite que o interesse público seja atingido da melhor forma possível. Para isso, deve envolver os princípios da igualdade e impessoalidade para proporcionar igualdade de oportunidade a todos que tem o interesse de contratar com Administração Pública, fornecendo seus bens e serviços, projetos de natureza técnica, científica ou artística, conforme a necessidade pública.²⁵

A licitação é norteada por princípios, expressos na constituição federal ou em lei. Os princípios básicos e norteadores são fundamentais para o processo licitatório que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O princípio da legalidade é o princípio básico de toda atividade administrativa. Na qual não pode prevalecer o interesse pessoal do administrador público, já que toda atividade é voltada para o interesse administrativo. Sua não aplicabilidade frustra o objetivo da licitação, que é a busca da proposta mais vantajosa, podendo então sofrer aplicação de sanções civis, penais e administrativas.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é uma garantia ao administrador público e aos administrados. Pois as regras devem ser fielmente obedecidas, caso não sejam cumpridas, o procedimento torna-se inválido e suscetível de correção na via administrativa e judicial. Sua finalidade é não permitir a alteração do critério de julgamento, evitando violação a moralidade administrativa, impessoalidade e probidade administrativa. O instrumento convocatório normalmente o edital, pode ser corrigido, para que evite anulação da licitação ou medidas que impeçam seu prosseguimento. Para dar validade ao ato, é

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 244.

²⁵ *Ibidem* p. 244 a 245.

necessário que licitantes tenham conhecimento da alteração e a possibilidade de se adequarem a ela. O seu descumprimento pode gerar a desclassificação do licitante, como impõe o art. 48, I da Lei nº. 8.666/1993.

Julgamento objetivo decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. No seu art. 45 da Lei nº. 8.666/1993, os critérios e fatores seletivos presentes no Edital devem ser observados para o julgamento, norteando e evitando surpresas para os participantes do processo licitatório, evitando com isso que o administrador público tome decisões que favoreçam algum participante.

Princípios correlatos, previsto no art. 3º da Lei nº. 8.666/1993, são aqueles que derivam dos princípios básicos e que tem correlação com a licitação. Exemplo de correlatos: princípio da competitividade (Art. 3º, § 1º, I da Lei nº. 8.666/1993, correlato ao princípio da igualdade), princípio da indistinação (Art. 19, III, CF/88. conexo ao princípio da igualdade), princípio da inalterabilidade do edital (Art. 41, da Lei nº. 8.666/1993, correlato ao princípio da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório), princípio do formalismo procedimental (princípio da legalidade, e observância do processo legal), princípio da vedação à oferta de vantagens (art. 44, § 2º, da Lei nº. 8.666/1993, ligado ao princípio do julgamento objetivo), princípio da obrigatoriedade (Art. 37, XXI, da CF/88 e art. 2º da Lei nº. 8.666/1993).²⁶

O procedimento licitatório tem a finalidade de garantir: a observância do princípio da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento sustentável. Ele é formalizado a partir da assinatura do contrato.

Conclui-se que o processo licitatório e todas suas fases são concretizados na assinatura do Contrato Administrativo, todo procedimento é materializado no edital, vinculando então o fornecedor ou prestador do serviço. Deve-se frisar que a Administração Pública não tem a obrigação de celebrar o contrato com o vencedor do certame, já que em caso de conveniência, oportunidade ou impedimento legal, ele não precisará formalizar. Mas se decidir pela contratação, deverá este concretizar o fim do processo licitatório.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 245 - 252.

1.3 Modalidades

Modalidades licitatórias são os procedimentos que regem o processo de aquisição, são os diferentes ritos para processar a licitação. O artigo 22, da Lei nº. 8.666/1993 prevê cinco modalidades de licitação a serem utilizadas pela Administração Pública: concorrência, tomada de preços, concurso, leilão e convite. *in verbis*:

“Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”²⁷

A modalidade pregão está prevista na Lei nº. 10.520/2002, na qual: "Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”²⁸. A Lei é resultante da conversão da Medida Provisória nº. 2.182-18 de 23 de agosto de 2001, criou mais uma opção de modalidade para os entes federados. O artigo 4º, do Decreto nº. 5.450 de 31 de maio de 2005

²⁷ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

²⁸ BRASIL. Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

tornou obrigatório o uso do pregão para o âmbito federal, e modalidade eletrônica deve ser preferencialmente utilizada.

A Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997 prevê a modalidade consulta, sendo exclusiva para a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, no seu artigo 55, *in verbis*:

“Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente: (Vide Lei nº 9.986, de 2000)

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.”²⁹

Com isso, existem atualmente cerca de sete modalidades de licitação.

O artigo 22, parágrafo 8º, da Lei nº. 8.666/1993 proíbe a criação de outras modalidades ou a combinação das existentes. Essa vedação é dirigida à Administração Pública, mas não impede que o legislador crie novas modalidades, desde que respeitem o processo legislativo.³⁰

²⁹ BRASIL. *Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 03 out. 2015.

³⁰ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 431.

As modalidades concorrência, tomada de preços e convite são diferenciadas pelo valor da aquisição. Seus limites estão definidos no artigo 23, da Lei nº. 8.666/1993:³¹

Convite: Obras e serviços de engenharia – R\$ 150.000,00 (centos e cinquenta mil reais) e Compras e serviços não referidos no inciso anterior – R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Tomada de Preços: Obras e serviços de engenharia – R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e Compras e serviços não referidos no inciso anterior – R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Concorrência: Obras e serviços de engenharia – acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e Compras e serviços não referidos no inciso anterior – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

O convite é a forma mais simples de licitação, utilizada na contratação com valores mais baixos. Sua fase externa começa a partir da publicação e divulgação da carta convite. São oferecidos a, no mínimo, três interessados no ramo a ser contratado e os interessados podem estar cadastrados ou não. O instrumento convocatório deve ser fixado no mural da repartição pelo prazo mínimo de cinco dias úteis. O não cadastrado pode manifestar seu interesse no prazo de vinte e quatro horas que antecedem a apresentação das propostas.

A tomada de preços é utilizada para interessados devidamente cadastrados. O cadastramento se refere à análise prévia da situação da empresa. Verifica-se a habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica. Logo, a modalidade possui duas fases: na primeira fase serão analisadas as condições para sua habilitação e na segunda fase o licitante fornece a proposta de preço.

A concorrência é a modalidade de licitação utilizada para contratações de grande vulto, com ampla publicidade, assegurada a participação de quaisquer interessados e que preencham os requisitos do edital convocatório. Pode ser utilizada nas contratações internacionais, celebração de concessões, ou realização de parceria público privada. Como na tomada de preços, o interessado deverá estar com a habilitação parcial atualizada.

A modalidade leilão é aberta a qualquer pessoa, utilizada predominantemente para a alienação de bens móveis inservíveis para a administração ou de

³¹ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm >. Acesso em: 1 abr. 2016.

produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis. O processamento do leilão dar-se-á pelo comparecimento dos interessados em local e hora determinados em edital para apresentarem seus lances, cujo valor não poderá ser inferior ao valor de referência.

Por fim, o concurso é a modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados com finalidade de selecionar trabalho técnico, científico, projeto arquitetônico ou artístico, que exijam determinadas capacidades personalíssimas, decorrente exclusivamente da capacidade individual do interessado. Qualquer interessado poderá participar da licitação, desde que atenda as exigências do Edital. A contrapartida para vencedor é prêmio ou remuneração expressa no edital de lançamento.

2 FASES

Quando se fala em fases de licitação, conclui-se que o tema não é pacífico, pois existe uma discordância quanto as fase, seu começo e término. Autores como Sayares Laso, consideram como ponto de partida o edital, segue para a apresentação de propostas e termina com a adjudicação. Marienhoff e Hely Lopes Meirelees manifestam em mesmo sentido quanto ao ponto de partida, mas divergem quanto ao término, considerando a fase do contrato como o ato final da licitação. Para Carlos S. de Barros Júnior e Fernando H. Mendes de Almeida acrescentam uma etapa que antecede a publicação do edital, que diz respeito ao despacho que ordena a abertura do processo de licitação. Antônio Marcello da Silva considera o ponto de partida o edital e o ato final a adjudicação, mas antes da fase do contrato, dá-se o nome de homologação. Com isso, eles manifestam posições contrárias e a favor, quanto ao ponto de partida e o ponto final da fase interna e da fase externa.³²

Quanto ao analisado nas bibliografias consultadas e a experiência profissional na área de licitação e contratos, o processo de licitação possui duas fases contidas na Lei de Licitação e Contratos, que são: a fase interna e a fase externa. Fernanda Marinela descreve as fases interna e externa da licitação de forma clara e mais condizente com que será apresentado neste trabalho.

“A fase interna é aquela em que a entidade promotora do certame pratica todos os atos condicionais à sua abertura antes de começar a convocação dos interessados. Na sequência, tem-se a fase externa, que se abre com a publicação do edital ou com o envio dos convites, estampando para os interessados as condições de participação na disputa. Na fase externa, encontram-se dois estágios fundamentais:

a) análise das condições dos interessados: denominada fase subjetiva, que consiste na habilitação ou qualificação dos proponentes, quando é verificado o preenchimento dos requisitos que se relacionam exclusivamente no art. 27, da Lei n. 8.666/93 conforme documentos enumerados nos artigos seguintes, cabendo, da decisão, recurso com efeito suspensivo;

b) análise das propostas: denominada fase objetiva, que consiste na verificação das propostas quanto à obediência das exigências e formalidades do edital, bem como se o preço está compatível com o praticado no mercado, podendo as empresas licitantes serem classificadas ou desclassificadas. Em seguida, a comissão passa ao julgamento das propostas, selecionando a mais bem apresentada, ordenando as demais propostas classificadas, considerando as vantagens que oferecem. Nessa etapa, também é possível a interposição de recurso com efeito suspensivo. A realização e o regular exaurimento de cada fase são pressupostos e requisitos para a fase subsequente e só passam para a etapa seguinte os licitantes aprovados na anterior.”³³

³² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

³³ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 432.

Com isso, a fase interna é composta pelos atos que condicionam a abertura do processo licitatório para o início das convocações dos interessados. A fase externa começa com a convocação dos interessados, por meio da publicação do edital ou envio das cartas convites. A importância da descrição das fases facilita a visualização do processo, já que muitos as confundem. Por este motivo, será aprofundado nos itens a seguir.

2.1 Fase Interna

A fase interna não se inicia com o lançamento do Edital, como muitos acreditam. Esta fase é caracterizada pela elaboração do edital ou da carta-convite, tem início quando surge uma necessidade de aquisição ou contratação. O planejamento gera a viabilidade de encontrar a melhor proposta para o poder público.

A definição dada por Fernanda Marinela define resumidamente o que seria a fase interna, na qual define “A etapa interna desenvolve-se dentro da própria Administração, oportunidade em que são tomadas as providências necessárias para a definição da licitação e do respectivo contrato”.³⁴

Esta fase, sendo bem elaborado, evita atrasos indesejados durante a fase externa da licitação. Pois quanto menos erros houver, mais rápido o processo vai ser finalizado e alcançado seu objetivo. A Lei nº. 8.666/1993 fornece alguns requisitos que devem ser respeitados na fase interna da licitação.

Os requisitos são: orçamento detalhado com os custos, previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, escolha da modalidade de licitação, ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite, edital com descrição do objeto, prazo e condições de pagamento. Além dos requisitos de habilitação exigíveis.

Orçamento detalhado com os custos - Inciso II, § 2º, Art. 7º, da Lei nº. 8.666/1993:

“Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

³⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 432.

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.”³⁵

A previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso - Inciso III, § 2º, Art. 7º, da Lei nº. 8.666/1993. *in verbis*:

“III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.”³⁶

Quanto à disponibilidade orçamentária, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça diferencia a disponibilidade financeira e crédito orçamentário. Conforme REsp 1141021/SP:

“STJ – REsp 1141021/SP

1. Trata-se de discussão acerca da interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, inc. III, da Lei 8.666/1993: se há a exigência efetiva da disponibilidade dos recursos nos cofres públicos ou apenas a necessidade da previsão dos recursos orçamentários.

(...)

4. A Lei 8.666/1993 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato de a administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária.

(Relator: Ministro Mauro Campbell Marques)”³⁷

Conclui-se com o provimento do recurso especial que não é necessário que o órgão já possua recursos financeiros para realizar a licitação. Basta a disponibilidade orçamentária, para que sejam atendidas as disposições legais. A disponibilidade é a previsão de recursos na Lei Orçamentária Anual (LOA) que garante a existência de um recurso no orçamento.

A escolha da modalidade de licitação depende diretamente do Administrador Público, neste caso ele opta pela modalidade que possa atender a demanda da melhor forma possível. Em alguns casos, o processo de pregão pode fracassar, devido ao preço praticado pelo mercado. Com isso, pode-se optar pela dispensa de licitação para que a empresa possa fornecer o mesmo produto ou serviço.

³⁵ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 03 out. 2015.

³⁶ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 03 out. 2015.

³⁷ BRASIL. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp 1141021/SP. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22289664/recurso-especial-resp-1141021-sp-2009-0070033-8-stj/inteiro-teor-22289665>>. Acesso em 05 out. 2015.

O ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite - inc. III do art. 38, da Lei nº. 8.666/1993. *in verbis*:

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite.”³⁸

O edital com a descrição do objeto, o prazo e as condições de pagamento são fundamentais para a execução do processo de licitação. Além dos requisitos descritos é necessário o detalhamento dos requisitos de habilitação exigíveis. No artigo 40, da Lei nº. 8.666/1993, o legislador buscou enfatizar a importância desta fase. Em seu *caput*, “O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte.”³⁹, ele procurou indicar todos os itens obrigatórios.

O ato vinculado faz com que o Administrador Público não possua nenhuma iniciativa ou liberdade para decidir, devendo ater-se apenas as normas jurídicas correspondentes. São atos com a estrita conformidade com os procedimentos estabelecidos em lei, gera um maior controle na execução, sob a ótica da legalidade.⁴⁰

A fase interna compõe todo planejamento estratégico de compras de um órgão público, onde é determina a real necessidade de adquirir ou não um produto ou serviço. Além de mensurar a qualidade e quantidade a ser adquirida pelo órgão demandante. Isso é descrito nas Súmulas do Tribunal de Contas da União nº. 177 e 269, *in verbis*:

“TCU – Súmula 177: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o Princípio da Publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

“TCU – Súmula 269: Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de

³⁸ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 06 out. 2015.

³⁹ Ibidem. Acesso em: 06 out. 2015.

⁴⁰ GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.101 - 102.

níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos.”⁴¹

A Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF): "Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.". Em seu inciso I, do artigo 16, a norma determina como condição prévia para empenho e licitação o acompanhamento da estimativa do impacto orçamentário-financeiro, *in verbis*:

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:
I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;”⁴²

Toda licitação deve ter a estimativa de impacto orçamentário-financeiro, tem a finalidade de garantir recurso orçamentário para sua execução. A disponibilidade orçamentária é uma consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), na qual é enviada uma mensagem para informar há recursos disponíveis para sua execução.

A minuta do edital é elaborada de forma a atender as demandas governamentais, definindo a melhor modalidade e os meios para alcançar o melhor negócio. O Administrador Público deve elaborar o documento de forma livre, mas será responsabilizado em caso de ilegalidade material e/ou formal.

Conforme a Orientação Normativa/AGU nº 46/2014, previu-se que é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor conforme o art. 24, I ou II, da Lei nº. 8.666/1993, nos casos de: dispensa de licitação em razão do valor, quando houver minuta de contrato não padronizada ou tenha o administrador suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação. Aplica-se com este entendimento que as contratações fundadas na inexigibilidade de licitação do art. 25 da Lei de Licitações, seus valores devem estar enquadrados nos limites previstos nos incisos I e II do art. 24 dessa Lei.⁴³ Conforme a ementa da orientação normativa:

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº. 177 e 269*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 05 out. 2015.

⁴² BRASIL. *Lei Complementar nº. 101 de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

⁴³ BRASIL. Controladoria Geral da União. *Orientação Normativa/AGU nº 46/2014*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1184009>>. Acesso em: 05 out. 2015.

“SOMENTE É OBRIGATÓRIA A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 24, I OU II, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, QUANDO HOUVER MINUTA DE CONTRATO NÃO PADRONIZADA OU HAJA, O ADMINISTRADOR, SUSCITADO DÚVIDA JURÍDICA SOBRE TAL CONTRATAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES FUNDADAS NO ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, DESDE QUE SEUS VALORES SUBSUMAM-SE AOS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”⁴⁴

Pode-se concluir que todo edital deve seguir uma minuta padrão, aprovada pelo departamento jurídico do órgão. Com isso, cabe ao Administrador Público manter a integridade básica do edital e trabalhar dentro dos limites legais. Só haverá consulta ao departamento jurídico, nos casos citados acima ou quando houver dúvida na elaboração do edital.

Sobre o assunto, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal apreciou o Mandado de Segurança - MS 24584/DF. Em síntese, a Corte entendeu que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, conforme o que dispõe o art. 38 da Lei 8.666/1993. Diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, há a possibilidade de responsabilização solidária do parecerista, já que o administrador decide apoiado na manifestação deste agente. Logo, os pareceres emitidos pela assessoria jurídica podem levar à responsabilização solidária.⁴⁵

O assunto foi discutido novamente pelo Tribunal Pleno do STF, no MS 24.631/DF, a seguir transcrito:

“I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico:

(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
(ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;

(iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato

⁴⁴ BRASIL. *Controladoria Geral da União*. Orientação Normativa/AGU nº 46/2014. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1184009>>. Acesso em: 05 out. 2015.

⁴⁵ BRASIL. *Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal*. MS nº. 24584/DF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2930635/mandado-de-seguranca-ms-24584-df>>. Acesso em: 05 out. 2015.

administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.
(Relator: Ministro Joaquim Barbosa)”⁴⁶

Com isso, a fase interna é de grande importância para o processo de licitação. O cuidado aplicado nesta fase tem finalidade de possibilitar que os trâmites sejam concluídos em um prazo razoável. Evitando o excesso de recursos e o prolongamento do processo, que afeta a qualidade do serviço prestado pelo Estado.

2.2 Fase Externa

A fase externa inicia-se com a publicação do edital ou com a expedição da carta-convite e termina com a adjudicação do objeto da licitação, conforme a Lei nº. 8.666/1993.

Esta fase pode ser dividida em: publicação dos avisos dos editais (artigo 21, da Lei nº. 8.666/1993); direito à impugnação dos editais (artigo 41, da Lei nº. 8.666/1993); recebimento dos envelopes (artigo 43, incisos I a III); habilitação das licitantes (artigos 27 a 33, da Lei nº. 8.666/1993); julgamento pela comissão de licitação (artigo 45, da Lei nº. 8.666/1993); homologação (artigo 43, inciso VI, da Lei nº. 8.666/1993); e adjudicação (artigo 43, inciso VI, da Lei nº. 8.666/1993).

2.2.1 Publicação do aviso do edital

O edital é o instrumento normativo que funciona como a lei interna da licitação, vincula tanto a Administração como os interessados. Ela é regida pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que o torna o instrumento legal a ser seguido.

O aviso com o resumo do edital deve ser publicado com certa antecedência. O prazo depende da modalidade escolhida pelo Administrador Público. No parágrafo 2º, do artigo 21, da Lei nº. 8.666/1993 são definidos os prazos para concorrência, tomada de preços, concurso e leilão. *in verbis*:

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal. *Mandato de segurança*. MS nº. 24631/DF. Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 09 de ago. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727627/mandado-de-seguranca-ms-24631-df>>_. Acesso em 06 out. 2015.

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”⁴⁷

Conclui-se que os prazos estabelecidos para publicação do edital resumido dependem diretamente de cada modalidade. As leis específicas definem a forma como será publicada, seus meios e prazos mínimos para o recebimento de propostas. Como é o caso da Lei nº. 10.520/2002 que trata do pregão, a norma demonstra que a fase externa da licitação inicia-se com a convocação dos interessados. Neste caso, o único prazo estabelecido é para a apresentação das propostas, que não podem ser inferior a 8 (oito) dias úteis contados da publicação do aviso, conforme o inciso V, do artigo 4º, da Lei nº. 10.520/2002. *in verbis*:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis.”⁴⁸

No caso da carta-convite, pode haver apenas a divulgação do aviso, cabendo ao interessado, ir ao órgão competente para retirar a carta-convite de forma completa.

⁴⁷ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 07/08/2015. Acesso em 15 out. 2015.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

2.2.2 Direito à impugnação do edital

O edital poderá ser objeto de impugnação a partir da sua publicação e divulgação. Conforme o artigo 41 da Lei nº. 8.666/1993 qualquer cidadão pode ser parte legítima para impugnar o edital. Ele tem o prazo de cinco dias úteis da entrega dos envelopes e a Administração Pública terá três dias úteis para decidir. O licitante também poderá impugnar o edital dentro do prazo de dois dias úteis de antecedência das entregas dos envelopes. *in verbis*:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”⁴⁹

O interessado pode impugnar o edital de duas maneiras. Pela via administrativa, no prazo estipulado no edital de licitação (§ 2º, do artigo 41, da Lei nº. 8.666/1993). E após este prazo, decai o direito de fazer administrativamente, restando-lhe apenas a via judicial.

Se o pedido for intempestivo e apontar uma ilegalidade, defeito ou fato de interesse público, que se justifique por meio do princípio da econômica processual, autotutela ou legalidade, pode o Administrador Público impugnar o edital e promover a anulação do certame ou as devidas correções.

Se a lei não estabelecer prazo para julgamento da impugnação, a comissão de licitação deverá promover antes do recebimento dos envelopes, para que possa ser sanada qualquer irregularidade que possa prejudicar o andamento da licitação.

Toda impugnação não tem natureza recursal, logo não gera efeito suspensivo. Com isso, um licitante, ao solicitar a impugnação de modo tempestivo, adquiriu o

⁴⁹ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

direito de continuar participando do certame, mesmo que sua impugnação não tenha sido julgada, permitindo a entrega do envelope com a proposta.

Qualquer irregularidade no edital deve ser tratada pela comissão de licitação de forma a tomar às devidas providências para saná-lo. As alterações acontecem por meio de aditamento, na qual deve ser republicada nos meios oficiais conforme descrito no próprio edital. Caso haja alterações que afetem as condições de apresentação das propostas, a comissão deve marcar uma nova data para entrega, para que respeite o prazo, com intervalo mínimo necessário para cada modalidade de licitação. Este espaço de tempo permite que os licitantes tenham tempo suficiente para se adequarem as novas regras (artigo 21, § 2º, da Lei nº. 8.666/1993). Caso não haja alteração que afete as propostas, o prazo continua a contar conforme a abertura da licitação (artigo 21, § 4º, da citada lei).⁵⁰

Os órgãos de controle externo e interno poderão solicitar, até um dia útil da data de recebimento dos envelopes, cópia do edital já publicado para exame. Após análise, poderão obrigar o órgão ou entidade da Administração Pública a adoção de medidas corretivas pertinentes.

2.2.3 Recebimento dos envelopes

A comissão recebe os envelopes de propostas e habilitação da licitação na data e local estipulados no edital. A sessão é pública e solene e acontece de preferência com a presença dos interessados. A entrega dos envelopes poderá ocorrer de forma previamente estipulada, podendo ser presencialmente ou pelas empresas de entrega. A data de recebimento é aquela em que a comissão recebe o envelope, em caso de atraso por causa do serviço escolhido a Administração Pública exime-se de qualquer responsabilidade no atraso, devendo a empresa buscar seus direitos perante os reesponsáveis pela entrega.

A modalidade pregão é a única que exige que os licitantes estejam presentes para a entrega dos envelopes. As demais modalidades podem ser entregues em conformidade às condições previstas no edital. Em caso de representante da empresa, este deverá ser constituído conforme as regras do instrumento convocatório.

A quantidade de envelope a ser entregue, depende do critério de licitação escolhido no edital. Os critérios “melhor técnica”, “menor preço” e “melhor técnica e preço” definem quantos envelopes deverão ser entregues. Na melhor técnica o licitante apresentará a

⁵⁰ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 439.

documentação da empresa. No menor preço deverá entregar a proposta financeira ou técnica. E na melhor técnica e preço, ela deverá enviar três envelopes, contendo no primeiro a documentação da empresa, no segundo a proposta técnica e no terceiro a proposta com o preço.

A quantidade de envelopes não é regra, pois a comissão pode definir no edital, conforme a necessidade do certame. Essa pluralidade permite uma análise separada quanto às análises das propostas. Evita a confusão nos critérios de avaliação, como a subjetividade na escolha. A abertura de cada envelope corresponde a uma subfase no processo de licitação, logo só será possível à abertura do próximo com o esgotamento da fase anterior.

Em caso de dúvida no recebimento das propostas, a comissão deverá gerar uma ocorrência e registrar na ata, podendo decidir em um momento posterior, na análise da habilitação. Caso os envelopes não preencham os requisitos formais do edital, a comissão pode recusar os envelopes.

O prazo de entrega do edital não pode ser dilatado pela comissão, mas é admitido que os envelopes sejam recebidos no caso da comissão não ter finalizado a etapa de recebimento e não haver previsão quanto ao tempo de tolerância para atrasos que possam acontecer.

O processo de abertura dos envelopes é uma sessão pública, pode acontecer em momento diferente do recebimento dos envelopes. Deve ser aberto como um novo procedimento e constar em ata. A lei não obriga que a documentação das empresas sejam as primeiras a serem abertas, mas torna-se comum, para evitar riscos de irregularidades. Em casos como força maior ou interesse público, a comissão de licitação poderá marcar outra data para abertura dos envelopes, mesmo estando expresso no edital que a abertura ocorreria pós o recebimento. Casos como esses, não geram nulidade do processo de licitação.

Todos os envelopes recebidos devem ser rubricados pela comissão de licitação e pelos licitantes presentes. Tem como objetivo impedir qualquer fraude ou substituição. Qualquer dúvida na identidade dos envelopes pode gerar desclassificação ou nulidade do processo, por isso cabe à comissão fiscalizar e controlar todos os procedimentos desta fase.

O processamento e julgamento das propostas ocorrem em dois momentos, conforme o artigo 43, da Lei nº. 8.666/1993. *in verbis*:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.”⁵¹

Com isso a primeira é a habilitação, onde ocorre o exame da documentação apresentada pelos licitantes interessados. A segunda é o julgamento, na qual será examinada as propostas.

2.2.4 Habilitação dos licitantes

Na habilitação, a Administração Pública verifica se os participantes da licitação preenchem ou não os requisitos necessários previstos em edital. São analisados os documentos enviados e considerados indispensáveis a execução do contrato. São analisados itens como qualificação jurídica, técnica e econômica, bem como regularidade fiscal dos proponentes, conforme os artigos 27 a 33 da Lei nº. 8.666/1993.

⁵¹ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

No inciso II, do artigo 30, da Lei nº. 8.666/1993 a capacidade técnico-operacional destaca-se na fase de habilitação. A empresa deve comprovar que possui capacidade técnica e operacional para executar o objeto do contrato. Ela deverá indicar instalações, profissionais habilitados, pessoal técnico e aparelhamento capazes de suprir a execução de um serviço ou obra. Conforme súmula nº. 263/2011, do Tribunal de Contas da União:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.” ⁵²

Conforme o REsp nº. 1.257.886/PE, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, o inciso II, do artigo 30, da Lei nº. 8.666/1993 não fere a igualdade entre os licitantes, já que as condições do edital referente à experiência prévia dos concorrentes dentro do âmbito do objeto licitado demonstra a qualificação técnica da empresa interessada em prestar o contrato.

**“EMENTA
ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO.
EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA
PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU
CONGÊNERES AO OBJETO LICITADO.**

(...)

4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).” ⁵³

⁵²BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Súmula nº. 263/2011*. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces?textoPesquisa=%3A*&=>>. Acesso em 16 out. 2015.

⁵³BRASIL. Segunda Turma do Superior Tribunal Federal. Recurso Especial. REsp. nº. 1257886/PE. Julgamento em 3 nov. 2007. Relator Ministro Mauro Campebell Marques. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048239/recurso-especial-resp-1257886-pe-2011-0125591-4-stj/inteiro-teor-21048240>>. Acesso em 13 out. 2015.

Com o término da habilitação, parte-se para o julgamento das propostas. Todas as fases devem ser esgotadas, de forma a manter o fluxo do procedimento, sem ter que voltar em suas etapas.

2.2.5 Julgamento pela comissão de licitação

Após a habilitação, começa a análise do julgamento das propostas. Aberta os envelopes, a comissão de licitação examina e classifica as propostas dos licitantes habilitados. Para as empresas desabilitadas, a comissão de licitação devolve os envelopes com as propostas devidamente lacradas. A classificação das propostas define a última fase do julgamento, nela são definidas a ordem das propostas vencedoras e a empresa vencedora do certame.

Os recursos administrativos são interpostos nos casos de habilitação ou inabilitação, julgamento das propostas, anulação ou revogação da licitação e indeferimento de pedido de inscrição em registro cadastral, rescisão de contrato conforme inciso I do artigo 79 da Lei nº. 8.666/1993 e aplicação de penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. Quanto à decisão da habilitação e julgamento da proposta, os recursos podem impedir o prosseguimento do processo de licitação. Seu efeito suspensivo é descrito no parágrafo 2º do artigo 79 da referida lei. *in verbis*:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
a) habilitação ou inabilitação do licitante;
b) julgamento das propostas;
c) anulação ou revogação da licitação;
d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;
(...)
§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.”⁵⁴

Após a análise dos recursos e dos resultados das propostas, a comissão de licitação define a ordem dos vencedores e os valores propostos.

⁵⁴ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

2.2.6 Homologação

Com o término do julgamento das propostas, a comissão de licitação remete o processo para a autoridade superior competente para que seja homologada a licitação. Nesta fase a Administração Pública analisa todos os procedimentos elaborados, verifica se todos os requisitos exigidos pela lei e edital foram cumpridos. Após esta verificação, procede-se a ratificação dos atos anteriores, promovendo a conveniência da licitação. Cabendo então a autoridade superior a competência de homologar o processo de licitação.

Conforme Marçal Justem Filho:

“Concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetivará juízo de conveniência acerca da licitação (...) A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticadas no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema.”⁵⁵

Com isso, a homologação possui eficácia declaratória, na qual confirma todos os atos praticados no processo licitatório. Além da eficácia constitutiva que proclama a conveniência da licitação e acaba com a competência discricionária sobre o tema. Ela encerra a licitação, abrindo então o processo de contratação.

Em caso de desobediência ao ordenamento jurídico, o procedimento é considerado ilegal, devendo então ser anulado. A nulidade pode ser total ou parcial, gerando reflexos no contrato. Isso acontece em todas as modalidades de licitação, inclusive em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Em seu parágrafo 1º, do artigo 49, da Lei nº. 8.666/1993 a anulação por procedimentos ilegais, não gera a obrigação de indenizar, exceto no caso de obrigação de indenizar que garante o direito quando já celebrado o contrato (parágrafo único, do artigo 59 da Lei nº. 8.666/1993). Mas o desfazimento do processo de licitação assegura o contraditório e a ampla defesa aos interessados. *in verbis*:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

⁵⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 424 - 427.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.”⁵⁶

A autoridade competente pode revogar a licitação por questão de interesse público, decorrente de fato superveniente comprovado, pertinente e suficiente para embasar sua decisão.

A revisão do procedimento, tanto para anular por ilegalidade ou revogar por conveniência e oportunidade, a lei exige um parecer, fundamentado da autoridade competente, respeitando sempre os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em qualquer caso, o licitante interessado terá a oportunidade de se manifestar.

A revisão do ato administrativo não precisa estar expressa em lei, isso decorre do princípio constitucional da autotutela, devidamente reconhecido nas Súmulas nº. 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal. *in verbis*:

“Súmula nº. 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”⁵⁷

“Súmula nº. 473: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIAÇÃO JUDICIAL.”⁵⁸

Cabe à própria autoridade competente declarar a nulidade ou a revogação dos atos, além de demonstrar as justificativas para tais. Com base na alínea “c”, do inciso I, do artigo 109 da Lei nº. 8.666/1993 há a possibilidade de interpor recurso, no prazo de cinco dias úteis, não havendo em regra efeito suspensivo, já que a própria autoridade competente possa conceder, dependendo de cada caso concreto.

A convocação para assinatura do contrato é um efeito da adjudicação, o licitante vencedor fica vinculado os valores e encargos da proposta, conforme o paragrafo 3º,

⁵⁶ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm> . Acesso em 15 out. 2015.

⁵⁷BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula nº. 346*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 14 out. 2015.

⁵⁸BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula nº. 473*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em 14 out. 2015.

do artigo 64 da Lei nº. 8.666/1993, em regra pelo prazo de 60 dias, se não houver outro prazo previsto no edital.

2.2.7 Adjudicação

Quando se fala em adjudicação outro tema a ser abordado é a homologação. De acordo com o artigo 43, inciso VI, da Lei nº. 8.666/1993, não há homologação e adjudicação em momentos diferentes. São atos que acontecem juntos, mas possuem objetivos diferentes. A homologação é uma análise completa dos trabalhos da autoridade responsável pelo processo de licitação. Já a adjudicação foca no resultado da licitação. Pressupondo a homologação da qual decorre.⁵⁹

A adjudicação compulsória é atribuir ao vencedor do processo de licitação o objeto licitado, considera-se ato final do procedimento. É um ato declaratório e vinculado, onde poderá de deixar de adjudicar caso decida pela anulação ou revogação em sua fase anterior.

A adjudicação confere ao vencedor alguns direitos e obrigações. O adjudicatário tem o direito de preferência, não podendo ser preterido. A Administração Pública deve respeitar a ordem de classificação, sendo impedida de contratar terceiros estranhos ao processo de licitação. Ele fica vinculado a todos os encargos estabelecidos no edital e no acordado na proposta final, além de estar sujeito às penalidades previstas e a perda das garantias propostas oferecidas, caso não assine o contrato no prazo e nas condições estabelecidas.

A adjudicação não garante um prazo certo para assinatura, nem para a contratação. A convocação do licitante vencedor ocorre em momento conveniente para a Administração Pública, já que é um ato discricionário. Com isso, o licitante não tem direito subjetivo ao contrato, tem somente uma expectativa de direito. A não contratação deve ser motivada e fundamentada, exige fundamentos convincentes e a efetiva demonstração do interesse público.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 426.

3 EXECUÇÃO DA LICITAÇÃO

Com o término do processo de licitação, a Administração Pública deve promover alguns atos administrativos para executar o objeto ou serviço, na qual foi licitado.

O primeiro passo é a assinatura do contrato administrativo. A vencedora do certame é convocada para a assinatura do termo de contrato, na qual após o início da sua vigência, deverá cumprir suas cláusulas. Com isso, deverá apresentar a garantia contratual, se houver. Executar o contrato conforme cronograma estabelecido no pedido de execução e emitir as notas fiscais que comprovem a execução do serviço ou entrega de um produto para o Estado. E após a execução do contrato, solicitará a restituição da garantia contratual.

3.1 Da assinatura do contrato

O processo de licitação termina com a homologação e a adjudicação. A assinatura do contrato é primeira fase após o término de todo processo. O prazo de assinatura pode variar conforme as condições estabelecidas no edital, sob pena de decair o direito à contratação. O prazo pode ser prorrogado uma vez, por igual período, com o pedido da parte interessada e com o motivo justificado. O prazo só valerá se o pedido for reconhecido pela Administração Pública. Caso não venha a assinar o contrato por não atender a convocação ou não tiver interesse na sua celebração, pode ficar sujeita as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº. 8.666/1993. *in verbis*:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura

de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)”⁶⁰

As sanções, que poderão ser impostas, podem afetar diretamente a habilitação dos licitantes em outros procedimentos de licitação. A declaração de inidoneidade do inciso IV, do artigo 87, da referida lei, afeta diretamente a habilitação da empresa.

Cabe a Administração Pública convocar os licitantes remanescentes caso o vencedor não assine o contrato, ou não aceite ou retire o instrumento no prazo e condições estabelecidos. Ela deve obedecer sempre à ordem de classificação, fará no mesmo prazo e nas mesmas condições propostas ao vencedor, inclusive quanto aos preços atualizados de acordo com o ato convocatório. Os licitantes remanescentes não estão obrigados a assinar o contrato, caso não aceitem, não poderão ser penalizados. Por este motivo, cabe a Administração Pública revogar a licitação, fazer todo procedimento novamente caso tenha ainda o interesse de contratar este objeto.

3.2 Da prestação e da devolução da garantia

A empresa contratada deverá apresentar garantia contratual, nas aquisições de bens, obras e serviços, no prazo estabelecido no edital e minuta do contrato. A garantia é uma forma da Administração Pública se resguardar quanto à execução do contrato administrativo, evita com isso prejuízos ao patrimônio público.

A garantia só poderá ser cobrada se expressa no edital ou no contrato, caso contrário, não haverá obrigatoriedade na prestação. Em seu artigo 56, da Lei nº. 8.666/1993 o contratado poderá prestar nas seguintes modalidades: caução em dinheiro, caução em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária. *in verbis*:

“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

⁶⁰ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

§ 2o A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4o A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5o Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.”⁶¹

Conforme o parágrafo segundo do artigo 56, da referida lei, o valor da garantia não poderá exceder cinco por cento para compra de bens, execução de obras e prestação de serviços. Em seu parágrafo terceiro, nos casos de obras de grande vulto, a garantia pode chegar a dez por cento do valor total do contrato.

Após a execução do contrato, a Administração Pública deverá promover a restituição da garantia. Para isso, solicitará aos gestores do contrato que promovam o relatório de execução, ratificando que o contrato foi executado em sua plenitude. Em caso de atraso ou não cumprimento do contrato, poderá ser aberto um processo de penalidade, na qual será analisado as circunstâncias do caso contrato e a mensuração da penalidade da empresa contratada. A garantia poderá ficar retirada até as devidas conclusões, com a finalidade de resguardar os cofres públicos.

3.3 Da execução e fiscalização do contrato administrativo

O contrato administrativo é executado em quantas parcelas for necessária, a quantidade é definida conforme o interesse da administração. A entrega e recebimento do objeto do contrato ocorrem conforme descrito no edital, no termo de referência ou na minuta do contrato. Cada entrega deverá ser feita no local descrito, entregue mediante apresentação de nota fiscal com o número do contrato e da nota de empenho.

O poder-dever de fiscalizar o contrato é uma prerrogativa da Administração Pública. É uma obrigação que tem a finalidade de preservar o interesse público. Com isso, é dever do Estado fiscalizar a aplicação do recurso e a plena execução do contrato. Neste

⁶¹ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> . Acesso em 20 out. 2015.

sentido, o Acórdão nº. 1.632/2009 do Plenário do Tribunal de Contas da União, explica de forma clara o papel do Estado:

“Acórdão TCU nº 1632/2009 – Plenário (poder-dever de fiscalizar o contrato)

(...) vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos. (Voto do Min. Marcos Bemquerer)”⁶²

A fiscalização e a execução do contrato devem ocorrer conforme o artigo 67 da Lei nº. 8.666/1993, na qual “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”⁶³. Com isso, é obrigatória a nomeação de um agente público, que terá o poder-dever de representar a Administração Pública no ato de fiscalizar o contrato. Além do fiscal, pode-se contratar um terceiro com a finalidade de assistir e subsidiar seu trabalho.

Conforme o artigo 6º do Decreto nº. 2.271, de 7 de agosto de 1997, o gestor indicado para fiscalizar o contrato deverá acompanhar e fiscalizar a execução, promovendo registros e providências necessárias para o seu cumprimento. *in verbis*:

“Artigo 6º: A Administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.”⁶⁴

Neste sentido, cabe registrar o Acórdão nº. 1.930/2006 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

“Acórdão TCU nº 1930/2006 – Plenário (fiscalização por terceiro contratado)

4. O art. 67 da Lei 8.666/1993 exige a designação, pela Administração, de representante para acompanhar e fiscalizar a execução, facultando-se a contratação de empresa supervisora para assisti-lo. Assim, parece-me claro que o contrato de supervisão tem natureza eminentemente assistencial ou subsidiária, no sentido de que a responsabilidade última pela fiscalização da execução não se altera com sua presença, permanecendo com a Administração Pública. Apesar disso, em certos

⁶² BRASIL. Plenário do Tribunal de Contas da União. *Acórdão*. nº. 1.632/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁶³ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁶⁴ BRASIL, *Decreto nº. 2.271, de 07 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em 20 out. 2015.

casos, esta Corte tem exigido a contratação de supervisora quando a fiscalização reconhecidamente não dispuser de condições para, com seus próprios meios, desincumbir-se adequadamente de suas tarefas, seja pelo porte ou complexidade do empreendimento, seja pelo quadro de carência de recursos humanos e materiais que, não raro, prevalece no setor público. (Trecho do Voto da relatoria do Min. Augusto Nardes)”⁶⁵

O fiscal do contrato é nomeado mediante portaria. Cabe a ele o dever de registrar todas as ocorrências verificadas na execução. Conforme o parágrafo primeiro do artigo 9º, da Lei nº 8.666/1993, os fiscais poderão ser servidores do órgão ou pessoas contratadas para essa finalidade. No caso da contratação da fiscalização, supervisão ou gerenciamento da execução de obra, essa atividade pode ser incluída no edital de elaboração e contratada exclusivamente a serviço da Administração interessada.⁶⁶

Podem ocorrer falhas e medidas que extrapolem sua competência, nesse caso, deve comunicar aos superiores para que em tempo hábil tome todas as medidas cabíveis. Conforme a cartilha *Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*, do Tribunal de Contas da União à fiscalização “tem a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos”.⁶⁷ Além disso, conforme o Acórdão n. 1.710/2006 da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, reforça o entendimento acima descrito:

“Acórdão n. 2917/2010 – Plenário (designação e possibilidade de recusa pelo servidor)

5.7.6. (...) o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços (...)

5.7.7. O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal (...). (trecho do Relatório do acórdão. Ministro Valmir Campelo)”⁶⁸

Conforme Marçal Justen Filho, o fiscal tem a capacidade de induzir o contratado a executar de forma mais perfeita, já que os deveres a ele impostos gera a busca pela execução plena conforme estipulado no contrato e no termo de referência.

⁶⁵ BRASIL. *Plenário do Tribunal de Contas da União*. Acórdão. nº. 1.930/2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁶⁶ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 19 out. 2015.

⁶⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Obras públicas – recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 3 ed. Brasília, 2013. p. 49. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81F35437&inline=1>>. Acesso em 19 out. 2015.

⁶⁸ BRASIL. *Plenário do Tribunal de Contas da União*. Acórdão. nº. 2917/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 20 out. 2015.

“A regra deve ser aplicada estritamente nos casos em que a sequência da execução da prestação provoca o efeito de ocultar eventuais defeitos da atuação do particular. Esses defeitos não são irrelevantes e provocarão efeitos em momentos posterior. No entanto, o simples exame visual ou a mera experimentação são insuficientes para detectá-los. Em tais hipóteses, a Administração deverá designar um representante para verificar o desenvolvimento da atividade do contratado. Isso se passa especialmente em obras de engenharia.

Haverá casos nos quais será dispensável aplicação tão estrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoriamente no momento da entrega da prestação. Em outros casos, a fiscalização é inviável e o dispositivo não tem qualquer aplicação.” ⁶⁹

Com isso, o papel do fiscal é fundamental para a Administração Pública, já que a aplicação correta dos recursos para gerar economia para o Erário e atingir o interesse público com mais eficácia e eficiência.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética. 2008. p. 748.

4 EFEITOS DA HABILITAÇÃO

4.1 Da habilitação

A habilitação gera efeitos em toda fase externa e posteriormente ao processo de licitação. Ela deve ser cumprida pelo licitante interessado, pois as exigências do edital são requisitos essenciais para que possa concorrer e caso seja declarado o vencedor, é necessário manter todos os requisitos válidos para o cumprimento do contrato.

Se um interessado possuir o melhor preço para a Administração Pública, mas esta não possuir os requisitos da habilitação, ela não poderá participar ou ser declarada vencedora. Com isso, essa fase compõe-se da apresentação dos documentos exigidos no Edital. O artigo 27 da Lei 8.666/1993 e o artigo 4º, inciso 3º da Lei nº. 10.520/2002 exigem em seu rol restritivo os documentos necessários para uma empresa se habilitar. *in verbis*:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista; ([Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011](#)) ([Vigência](#))

V – cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#). ([Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999](#))”⁷⁰

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;”⁷¹

Com isso, todos os documentos exigidos para habilitação, devem constar expressamente no edital. Sendo necessários aqueles que de fato possam atender a demanda governamental, sem restringir os participantes.

Apesar do rol restritivo, o parágrafo 1º, do artigo 32, da Lei nº. 8.666/1993, a habilitação pode ser dispensada no todo ou em parte nos casos relativos a convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega. Nestes casos cabe a comissão de licitação

⁷⁰ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.

⁷¹ BRASIL. *Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.

definir e justificar a necessidade dos documentos necessários à habilitação e deixá-los expressos no edital.

Ao se falar em habilitação, deve-se remeter o sentido jurídico do termo idoneidade. Pois, o termo remete-se a característica do participante (da pessoa física ou jurídica), já que o intuito é contratar licitantes que tenham capacidade para atender a demanda, cumprindo o objetivo do processo de licitação e tendo o resultado esperado.⁷²

A idoneidade do participante é verificada de forma a atender e selecionar aqueles que forem aptos a participar e executar o contrato. A verificação varia de acordo com o procedimento licitatório utilizado, mas a exigência de elementos que desvinculem ao objetivo a ser alcançado na licitação e a restrição de um maior número de participantes pode gerar ilegalidade ou anulação do procedimento licitatório. Com isso, só pode ser exigido aquilo que figurar como exigência essencial ou condição de habilitação no edital publicado.

Conforme o inciso XXI, do artigo 37, da CF/88, “(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”⁷³ demonstra que a participação dos licitantes deve ser a mais ampla possível. A CF/88 fixou que não deve haver requisitos que não sejam pertinentes, indispensáveis e necessários à garantia do cumprimento do contrato.

Qualquer exigência poderá servir como uma de restringir participantes no processo licitatório. Exigências impertinentes podem frustrar o interessado em participar, mesmo que ele tenha vontade, interesse e liberdade de escolha para concorrer ao certame. Conforme Carlos Ari Sundfeld, toda exigência em edital ou lei deve determinar sua finalidade:

“Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta, sendo valor protegido pelo Direito, só pode ser comprimida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado.”⁷⁴

72 O termo INIDÔNEO significa: “Ao contrário de idôneo, ou não idôneo, é aplicado no mesmo sentido de impróprio, inadequado ou contraindicado, para que possa cumprir certo objetivo ou o resultado esperado”. SILVA De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

73 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 out. 2015.

74 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: ed. Malheiro, 1ª ed., 3ª tir., 2003. p. 71.

Com isso, toda exigência deve ser compatível juridicamente e caso atentatória a liberdade de participação fere o princípio da livre concorrência (inciso IV, artigo 170, da CF/88) e a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão (inciso XIII, artigo 5º, CF/88). A Administração Pública não pode impedir a participação de quem esteja apta, conforme as normas legais.

No artigo 3º, da Lei nº. 8.666/1993 dispõe sobre os princípios da licitação, em seu parágrafo 1º, inciso I, é expressamente vedado “(...) cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo” ⁷⁵. A interpretação deve ser conjunta com a Constituição Federal, onde a regra geral é a participação do maior número de interessados, proibido condições que sejam desnecessárias e impertinentes.

Portanto, a lei prevê o limite máximo de requisitos para habilitação, na qual permite uma liberdade quanto à discricionariedade para que a Administração Pública determine quais são os requisitos para participação na licitação. A exigência legal é baseada em exigir aquilo que seja suficiente para garantir a execução do contrato.

Conforme jurisprudência, o clássico acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo Regimental em Petição nº. 11.363 (publicado na RDP, 14:240):

“Visa à concorrência pública **fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses**. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”. (grifos nossos) ⁷⁶

A habilitação tem a finalidade de verificar se as empresas possuem ou não condições de contratar com o poder público, logo são analisadas se a empresa ou pessoa física possui a idoneidade. A Administração Pública espera receber o maior número de proponentes, para que aumente a concorrência e seja maior a chance de encontrar condições mais vantajosas de contratação. Defeitos mínimos, que sejam considerados irrelevantes para comprovação não podem ser colocados como excludentes. Deve haver uma flexibilidade em função do objetivo, já que o interesse público é de que haja o maior número de participantes.

⁷⁵ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.

⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, no Agravo Regimental em Petição nº. 11.363, Revista do Direito Público, vol. 14, p. 240.

O artigo 12, inciso IV, da Lei nº. 11.079/2014 dispõe “o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.” ⁷⁷, portanto o edital poderá prever a possibilidade de saneamento, de complementação de insuficiência ou correções de caráter formal. Expresso no edital há a possibilidade do interessado em aperfeiçoar a proposta, sem alterá-la. Esse dever da Administração Pública em proceder às diligências necessárias para a correção ou complementação da proposta, decorre do artigo 43, paragrafo 3º da Lei nº. 8.666/1993, com a finalidade de aumentar o número de proponentes. *in verbis*:

“§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.” ⁷⁸

Um exemplo é a comprovação da autenticidade de um documento por meio de diligência. Esse tipo de providência não gera conteúdo daquilo que foi fornecido no tempo hábil, apenas elimina uma eventual dúvida quanto ao documento. Diminuir o risco foi plenamente assumido pelo legislador ordinário, com o intuito de evitar problemas maiores no processo de licitação. Neste sentido, Marçal Justen Filho argumenta:

“A nova Lei permitiu a substituição de exames e documentos complexos por declarações fornecidas pelo licitante e por terceiros. Ampliaram-se os riscos de fraude e de irregularidades para evitar que requisitos de forma restringissem o amplo acesso à licitação. Deve haver um rigoroso controle acerca da veracidade e da autenticidade dos documentos fornecidos. A aptidão técnica deve ser objeto de investigação minuciosa por parte da Administração Pública. Além do exame dos documentos e da realização de diligências internas, poderão ser efetuadas diligências externas (tais como vistorias, por exemplo), ainda quando não expressamente previstas no ato convocatório. Muitas vezes, a documentação pode apresentar dados ou informações obscuros; poderão surgir dúvidas acerca da autenticidade dos documentos ou de seu conteúdo. A Administração Pública poderá executar diligências não previstas especificamente no ato convocatório. Tais diligências não poderão voltar-se ao exame de requisitos não previstos no ato convocatório. Seu

⁷⁷ BRASIL, *Lei nº. 11.079/2014 de 30 de dezembro de 2004*. Dispõe: “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 28 out. 2015.

⁷⁸ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.

objeto apenas pode ser complementar e comprovar o conteúdo dos documentos. A atividade da Administração Pública não pode ser meramente passiva, sob pena de tornar inúteis as exigências contidas no ato convocatório. Deve promover-se a investigação acerca de dúvidas e, caracterizado o vício, a punição necessita ser exemplar.”⁷⁹

Neste sentido, conforme o autor, a empresa deve comprovar se possui aptidão para que atenda a demanda da licitação. Com isso, só pode ser exigido àquilo que forem pertinente e suficiente para garantir a execução do contrato, vedadas as exigências que sejam supérfluas para tal atendimento.

O edital poderá exigir documentos que comprovem: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e para os dispostos no inciso XXXIII do artigo 7º da CF/88 e na Lei nº. 9.854, de 27 de outubro de 1999.⁸⁰

A habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal podem ser substituídas pelo Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) ou certificado de registro cadastral que atenda todos os requisitos previstos na Lei nº. 8.666/1993. Deve ser emitido por órgão ou entidade de qualquer Poder, sob pena de nulidade manifesta do edital, o órgão público não pode vincular a participação do interessado com a prévia inscrição no SICAF ou qualquer outro sistema estadual, distrital ou municipal. A exigência infringe as normas gerais de licitação, por contrariar expressamente os dispostos na Lei nº. 8.666/1993 ou os incisos XII e XIII da Lei nº 10.520/2002 em caso de pregão e por colidir com a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, conforme a decisão nº. 821/2000.⁸¹

4.1.1 Da habilitação jurídica

A documentação da habilitação jurídica exigida está expressa no artigo 28 da Lei nº. 8.666/1993. O edital definirá o tipo de licitante que concorrerá ao processo

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 340.

⁸⁰ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Artigo 27. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 28 out. 2015.

⁸¹ BRASIL, *Tribunal de Contas da União*. Recurso de Revisão – Tomada de Contas, exercício 1996, Unidade: Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região - São Paulo. Interessado: Ministério Público junto ao TCU. Ata 39/2000. DOU de 16/10/2000. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC08213900P.pdf>. Acesso em: 28 out. 2015.

licitatório, com isso pode ser: pessoa jurídica, pessoa física, sociedade comercial ou civil por quotas, empresa individual, sociedade por ações. *in verbis*:

“Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.”⁸²

A capacidade jurídica tem a finalidade de comprovar a existência legal do licitante. O Administrador Público poderá comprovar a existência legal do licitante, sede ou domicílio, identificar sua denominação, objeto social, capital social e os representantes legais.

4.1.2 Da qualificação técnica

A qualificação técnica está restrita ao estabelecido no artigo 30 da Lei nº. 8.666/1993 e na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República de 1988, onde “(...) somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”⁸³. *in verbis*:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de

⁸² BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 28 out. 2015

⁸³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 out. 2015.

atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)”⁸⁴

A qualificação técnica deve demonstrar a aptidão para executar o objeto a ser licitado, respeitando as características e exigências presentes no edital. Em alguns casos, a complexibilidade do objeto exige que as empresas comprovem a capacidade para executar o contrato, com risco de ser punida caso não cumpra a execução do contrato.

A qualificação técnica é uma exigência expressa no edital, com a finalidade de diminuir o risco para a Administração Pública. O interessado em concorrer deve apresentar atestados fornecidos por uma pessoa de direito público ou privado, que demonstre a

⁸⁴ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 28 out. 2015

capacidade técnica ou capacidade de desempenhar atividade compatível e pertinente ao exigido no objeto da licitação, onde pode ser dispensada para aquisição de bens comuns, que não tenham nenhuma sofisticação técnica.

Vincular a exigência de apresentação de certificados de associações privadas é um ato ilegal, vicia o processo de licitação e seu instrumento convocatório. Conforme Acórdão nº. 1.354/10 da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, cujo relator foi o Ministro Valmir Campelo, decidiu-se que:

"9.3.1. não inclua nos editais para aquisição de café a exigência de certificação de autorização de uso do selo de pureza ABIC, devidamente válido, tendo em vista que somente empresas associadas à ABIC possuem o mencionado Certificado, devidamente válido; e
9.3.2. permita a comprovação de características mínimas de qualidade exigidas para o café por meio de laudo de análise emitido por laboratório habilitado pela REBLAS/AVISA." ⁸⁵

O TCU ponderou a exigência de comprovação de características mínimas para aquisição de bens, onde deve ser exigida apenas para o vencedor do certame ou o melhor classificado. Isso acontece, para evitar a restrição de participantes em razão dos custos para a obtenção dos certificados ou laudos necessários.

Dependendo na natureza do objeto ou serviço é possível a exigência de prova de inscrição ou de registro em entidade profissional competente. Nos casos de profissões regulamentadas e que demandam requisitos previstos em lei especial é necessário a apresentação do registro profissional do responsável. Decorre do artigo 5º, inciso XIII da CF/88, na qual "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" ⁸⁶. E é vedada exigência que inibam a participação na licitação como: comprovação de atividade ou aptidão, locais específicos de atuação, limitação temporal, entre outros.

4.1.3 Da qualificação econômico-financeira

Sua exigência é disciplinada no artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

⁸⁵ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº. 1.354/10 da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 28 out. 2015.

⁸⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28 out. 2015.

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)" ⁸⁷

A comprovação é indispensável para o cumprimento do objeto, sendo suscetível de nulidade do edital em caso de descumprimento. Se expresso, não há como a comissão de licitação desvincular-se da obrigação de exigir.

A qualificação econômico-financeira é definida a cada caso concreto, na qual o risco de execução do contrato definirá quais documentos serão exigidos. Pode ser: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, certidão negativa de concordata e falência (distribuidor da sede da pessoa jurídica), execução patrimonial (domicílio da pessoa física).

Quanto à capacidade financeira, ela deve ser demonstrada de forma objetiva, por meio de justificativa constante dentro do processo de licitação. Pode ser exigida em casos

⁸⁷ BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 28 out. 2015

que é necessária a comprovação da existência de capital social ou patrimônio líquido, não superior a dez por cento do valor estimado do contrato, para garantir entregas futuras ou execução de serviços. Para casos de entrega imediata e integral, descrita no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei nº. 8.666/1993 (com prazo de entrega de até 30 dias) pode ser suprida apenas com a demonstração da certidão negativa de falência e de recuperação judicial ou extrajudicial.

4.1.4 Da regularidade fiscal

A comprovação da regularidade fiscal está regida no art. 29 da Lei nº. 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)”⁸⁸

O licitante deve provar a autoridade competente que está em situação regular. A apresentação de documentos como: inscrição e regularidade perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal.

Na Fazenda Pública Federal a comprovação independe da atividade exercida pela empresa. Já na Fazenda Estadual e Municipal depende da atividade. Na Estadual comprova a das pessoas físicas e jurídicas que comercializem bens, com isso deverá ser comprovada o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Na Municipal as que prestem serviços, deverão demonstrar a regularidade com o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 28 out. 2015

⁸⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão Eletrônico - uma nova modalidade de licitação - comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 77.

Em caso de não incidência dos tributos, a empresa licitante poderá apresentar uma declaração firmada pelo representante legal sob as penas da Lei nº. 8.666/1993 informando essa circunstância.

4.1.5 Da regularidade fiscal trabalhista

A Lei nº 12.440, de 7 de setembro de 2011, alterou a Lei nº. 8.666/1993. Modificou o inciso IV do artigo 27 e incluiu o inciso V do artigo 29 da lei de licitações. Passou a exigir como condição de habilitação a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), que tem validade por 180 dias. *in verbis*:

“Art. 2o O inciso IV do art. 27 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.

27.

.....

.

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

.....

...” (NR)

Art. 3o O art. 29 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

.....

.....

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.” (NR)”⁹⁰

Esta certidão comprova se o licitante está ou não inadmitido em relação às obrigações trabalhistas decorrentes de sentenças condenatórias transitadas em julgado, proferidas pela Justiça do Trabalho ou as decorrentes de acordos judiciais, que envolvam o recolhimento previdenciário, custas e honorários, emolumentos ou recolhimentos determinados em lei.

Em caso de negativação por descumprimento de obrigações decorrentes de execução firmados entre a Comissão de Conciliação Prévia ou Ministério Público do Trabalho, impedirá o licitante de continuar no certame.

⁹⁰ BRASIL. Lei nº. 12.440 de 7 de setembro de 2011. Na qual “Acréscita Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

Esta exigência decorre do artigo 195, parágrafo 3º, da CF/88, que expressamente determina que somente possam contratar com a Administração Pública as empresas em situação regular perante a seguridade social, comprovado mediante CNDT.

Outra exigência legal é a exigida no artigo 2º da Lei nº 9.012 de 30 de março de 1995, que exige a prova de regularidade perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). *in verbis*:

“As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.”⁹¹

Quanto à regularidade fiscal como um todo, deverá o interessado comprovar a regularidade: perante os órgãos competentes. E em caso de irregularidade, deverá providenciar a regularização ou a revalidação das certidões conforme exigido em edital.

4.1.6 Da proteção ao trabalhador menor

O inciso XXXIII do artigo 7º da CF/88 estabelece “a proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz (redação dada pela emenda nº. 20 de 1988)”.⁹²

O edital não pode deixar de exigir essa comprovação, conforme a Lei nº. 9.854 de 17 de outubro de 1999, ela é feita por meio de declaração formal do licitante que deverá utilizar os modelos anexos ao Decreto nº. 4.358 de 05 de setembro de 2002, que regulamentou a devida lei.⁹³ *in verbis*:

“Art. 1º. O art. 27 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso V: V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º O art. 78 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso XVIII.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”⁹⁴

⁹¹ BRASIL. Lei nº. 9.012 de 30 de março de 1995. Na qual “Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9012.htm. Acesso em 28 out. 2015.

⁹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 28 out. 2015.

⁹³ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão Eletrônico - uma nova modalidade de licitação - comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 79.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº. 9.854 de 17 de outubro de 1999. Na qual “Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9854.htm. Acesso em 28 out. 2015.

Por ser uma exigência amparada na constituição federal, esta exigência é obrigatória no edital, devendo ser entregue no momento da habilitação.

4.2 Aspecto espacial, material e formal na habilitação.

A Administração Pública permite ao interessado que possa previamente se cadastrar junto aos órgãos públicos competentes. Ela pode manter um registro cadastral, com validade de um ano, com a finalidade de reunir condições para participar. O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) é de âmbito federal. É um sistema para cadastrar e hospedar os dados das empresas. Informações como: registros cadastrais, atualizações de dados e certidões, processo de documentos, promoção da classificação quanto à função de especialidades, ramo, entre outros. Conforme Marcio Pestana:

“Sistemas expedem Certificados de Registro Cadastral, que substituem, em processos administrativos licitatórios, os documentos relativos à qualificação jurídica, regularidade fiscal-trabalhista, qualificação técnica e econômico-financeira, relativamente às informações constantes do sistema correspondente passível de acessar-se mediante, consulta direta, conforme especificadamente descrito no instrumento convocatório. Entretanto, para sua completa eficácia, deverá o licitante cadastrado prestar declaração, sob as penas da lei, assegurando a inexistência de fato ou ato superveniente impeditivo da respectiva habilitação.”⁹⁵

Apesar de todos os sistemas cadastrais (federal, estadual ou municipal), o interessado pode participar apresentando a documentação exigida no edital, perante os órgãos responsáveis. E em certos casos, estando inabilitada no sistema, a pessoa jurídica ou física pode promover a apresentação e sanar a habilitação por meio de documentos oficiais que comprovem a sua regularização nos órgãos estaduais, onde por tempo hábil não houve a atualização da certidão no SICAF.

Quanto ao aspecto material, as certidões podem ser entregues em papel ou meio eletrônico, no último caso, desde que haja forma de comprovar, junto aos sítios eletrônicos a comprovação de veracidade do documento eletrônico.

Conforme Marcio Pestana, o não cumprimento dos requisitos relativos à habilitação gera:

“O desatendimento a essas exigências, tanto substanciais, quanto formais, imposta, a nosso ver, na desconsideração do documento apresentado, logo, na inabilitação do

⁹⁵ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. Editora Atlas, 2013. p. 603.

interessado, vez que deixa de atender, estritamente, às exigências constantes do instrumento convocatório correspondente. O mesmo, claro, se passa, em arremate, com aquela situação em que o interessado simplesmente tenha deixado de apresentar pontualmente, o documento que fora exigido no instrumento convocatório correspondente, o que inexoravelmente o remeterá à condição de inabilitação, afastando-o da participação do certame.”⁹⁶

A apresentação dos documentos são requisitos essenciais para a habilitação, caso não possa ser sanado em tempo hábil, o interessado será declarado inabilitado para participar do certame.

4.3 Inabilitação

Administração Pública inabilita o licitante quando a idoneidade não é reconhecida ou comprovada por parte da empresa. Este ato gera a vedação quanto ao ingresso ou continuidade no processo de licitação. O ato de exclusão é lícito, já que no edital há os requisitos mínimos e necessários para participar. Caso a exclusão seja praticada fora dos limites legais, poderá gerar lesão de direitos, sendo cabível a possibilidade de recurso administrativo, conforme o edital. Em caso de recusa é assegurado constitucionalmente à via judicial para buscar dos seus direitos.

A proposta do licitante inabilitado não é objeto de consideração, já que para o certame ele não pertence mais ao processo de licitação. Ela só será devolvida ao final do procedimento, quando não houver mais possibilidade de recurso. Isso acontece, já que pode ser reconhecida a idoneidade em grau de recurso ou por determinação judicial, logo retornará ao procedimento na mesma situação dos demais licitantes habilitados. É um direito garantido, deixar de forma lacrada e rubricada com a Administração Pública, pois nada servirá ser declarado idôneo se o envelope não cumprir os requisitos para o momento de abertura.

Nas modalidades que tiverem a inversão das fases de classificação e habilitação, a verificação dos documentos ocorrerá somente no tocante ao vencedor, após a classificação das propostas. Portanto, o preço e a proposta comercial são examinados antes da habilitação da empresa, caso esta não cumpra os requisitos, a classificação será nula, já que só podem ser aceitas propostas formuladas por licitantes idôneos.

⁹⁶ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil* - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. Editora Atlas, 2013. p. 605.

4.3.1 Impedimento de participar da licitação e da contratação.

Em razão de algumas situações, pessoas físicas e jurídicas não poderão participar do certame ou até mesmo não poderão assinar o contrato. Em razão de restrição ética, falta de disponibilidade de informação, conflitos de interesse, conhecimentos privilegiados entre outros casos, podem acabar com a transparência e lisura do processo, diminuindo a competição e o não cumprimento dos princípios constitucionais (moralidade, probidade administrativa, impessoalidade e isonomia).

Com isso, conclui-se que:

“(...) transitamos, nesse domínio, por impedimentos legais, de aplicação cogente, que não poderão ser contornados por disposições infralegais, como atos administrativos. De outra parte, há um conjunto de pessoas físicas e jurídicas que foram apenas pela Administração Pública, por atos ou fatos ocorridos noutros certames ou contratos administrativos já celebrados, não reunindo condições jurídicas para, no momento do lançamento de mais um certame, dele tomar parte.”⁹⁷

Com isso, o impedimento pode ser proveniente de qualquer ato administrativo praticado em outros processos. Os reflexos recaem nas contratações futuras, já que não possuirá os requisitos necessários para habilitação em procedimentos futuros.

4.3.2 Suspensão no direito de licitar e contratar com a Administração Pública.

A suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública é um ato de natureza administrativa por descumprimento de alguma norma pertinente ou descumprimento do contrato administrativo.

Com isso, conforme Marcio Pestana:

“(...) a Administração pública poderá suspender, temporariamente, o direito do administrado ou interessado em participar de licitação e de contratar com a Administração Pública, por período não superior a 2 anos, segundo assim determina o art. 87, III, da Lei 8.666/1993. Tal sanção de natureza administrativa poderá ser aplicada no atraso injustificado da execução do contrato, ou pela inexecução total ou parcial do contrato, garantida a prévia defesa (Art. 87, caput, da Lei 8.666/1993), podendo ainda ser cumulada com a multa prevista no instrumento convocatório ou no contrato, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 dias úteis (Art. 87, § 2º, da Lei 8.666/1993)”.⁹⁸

A sanção pode suspender temporariamente o direito de participar de licitação ou contratar e/ou gerar multa conforme o edital ou o contrato. O período nunca poderá ser superior a dois anos.

⁹⁷ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. Editora Atlas, 2013. p. 609.

⁹⁸ Ibidem. p. 611 - 612.

CONCLUSÃO

O tema escolhido para realização deste trabalho tem o intuito de demonstrar a importância da habilitação no processo de licitação. A empresa participante e/ou vencedora deve apresentar todos os requisitos exigidos no edital. A documentação é exigida no ato da contratação ou assinatura da ata de registro de preços. Deve-se apresentar em outras fases certos documentos que comprovem sua regularidade juntos aos órgãos de fiscalização e de registros de atualização de cadastro. Fases como assinatura do contrato, devolução da garantia contratual são algumas fases que a habilitação é obrigatória.

A licitação deve gerar o melhor negócio para o atendimento das demandas sociais. O processo tem como finalidade assegurar a proposta mais vantajosa para o poder público e garantir a participação do maior número de participantes, além de assegurar igualdade a todos os interessados aptos a concorrer. É fundamental no processo de aquisição, que ela seja bem definida na fase interna da licitação. Onde a área demandante define o objeto a ser licitado e as garantias necessárias para a execução do objeto. A comissão de licitação pode limitar o número de participantes do certame, se exigir garantias acima do necessário para a execução do objeto contrato.

A habilitação tem a finalidade de garantir ao poder público que o interessado tenha capacidade de cumprir o objeto a ser adquirido e/ou prestado. Para isso, a habilitação tem o papel de assegurar a equipe de licitação e ao ordenador de despesa que a empresa possui capacidade de execução, por meio de documentos que comprovem: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e apresentar as certidões de regularidade de comprovam sua regularidade fiscal, econômica e jurídica com o poder público.

O impedimento ou suspensão no direito de licitar é uma forma de resguardar o Estado quanto ao risco na execução de uma licitação. Essa precaução tem a finalidade de manter os custos operacionais de um objeto licitado, além de contratar a um preço justo e compatível com o mercado evitando empresas que sejam capazes de iniciar e terminar a execução. A pausa na prestação de um serviço pode acarretar o aumento do custo, gerando ônus para o Poder Público.

A habilitação é discutida desde a fase interna da licitação, quando são definidos os caminhos estratégicos e táticos do certame. Essa análise tem a finalidade de evitar que as exigências sejam maiores que o necessário para a execução de um certame, com

isso, a habilitação correta permite que um maior número de participantes possa concorrer. Na fase de execução da licitação, todos os requisitos já estão descritos no Edital. Sua delimitação decorre de cada caso concreto, ou seja, da especificidade de cada objeto a ser contratado. Os participantes são obrigados a apresentar todos os documentos para comprovar sua capacidade de executar o objeto a ser contratado.

A habilitação deve ser mantida até o término da licitação, onde é emitido pelos fiscais do contrato o relatório de execução. O documento emitido ratifica que houve as entregas conforme o contrato assinado e informa se houve ou não penalidade por parte da empresa.

O pedido de devolução da garantia contratual é a última fase do processo em que a habilitação é utilizada, nesta fase é necessário que a empresa mantenha todos os documentos válidos conforme o edital. Após a solicitação a garantia é devolvida para a empresa e o processo é arquivado no órgão competente.

Com isso, tornou-se pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a habilitação tem grande importância em todo processo de aquisição de bens e serviços por parte do Poder Público. Tal entendimento parte do fato de que, ao não respeitar o Edital, o ato da administração torna-se ilegal e, desta forma, sujeito a controle da administração e ao controle jurisdicional.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 representou o progresso quanto a institucionalização e democratização da Administração Pública quanto as aquisições estatais. Os textos anteriores contemplavam o acesso à função pública e ao regime estatal. Somente em 1988, a licitação recebeu status de princípio constitucional, sendo de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, como contribuição acadêmica sugere-se a criação de uma norma que normatize os limites e alcance da habilitação, de forma a assegurar os direitos das empresas que pretendem concorrer, evitar atrasos, anulação do edital e aumento dos custos.

Com a criação da norma, o qual abrangesse a habilitação diminuiria o caráter competitivo em virtude do tempo e nos requisitos necessários para a execução do objeto contratado. Poder-se-ia haver uma uniformização do procedimento, além de uma possível pacificação em relação aos entendimentos controversos nos órgãos de controle e jurídicos que auxiliam os Poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17a ed. São Paulo: Método, 2009.

BARCHET, Gustavo. *Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

BRASIL. Controladoria Geral da União. *Orientação Normativa/AGU nº 46/2014*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1184009>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL, *Decreto nº. 2.271, de 07 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>.

BRASIL. *Lei Complementar nº. 101 de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>.

BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

BRASIL. *Lei nº. 9.012 de 30 de março de 1995*. Na qual “Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9012.htm>.

BRASIL. *Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9472.htm>.

BRASIL. *Lei nº. 9.854 de 17 de outubro de 1999*. Na qual “Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9854.htm>.

BRASIL. *Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>.

BRASIL, *Lei nº. 11.079/2014 de 30 de dezembro de 2004*. Dispõe: “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>.

BRASIL, *Lei nº. 12.232 de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>.

BRASIL, *Lei nº. 12.440 de 7 de setembro de 2011*. Na qual “Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm>.

BRASIL, *Lei nº. 12.462 de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>.

BRASIL, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. REsp 1141021/SP. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22289664/recurso-especial-resp-1141021-sp-2009-0070033-8-stj/inteiro-teor-22289665>>. Acesso em 05 out. 2015

BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula nº. 346*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula nº. 473*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>.

BRASIL, Segunda Turma do Superior Tribunal Federal. *Recurso especial*. REsp. nº. 1257886/PE. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048239/recurso-especial-resp-1257886-pe-2011-0125591-4-stj/inteiro-teor-21048240>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Mandato de Segurança*. MS 5.602/DF, Pleno. Relator Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 9 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MS+5602&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>.

BRASIL. Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal. *Mandato de segurança*. MS nº. 24584/DF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2930635/mandado-de-seguranca-ms-24584-df>>.

BRASIL. Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal. *Mandato de segurança*. MS nº. 24631/DF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727627/mandado-de-seguranca-ms-24631-df>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº. 1.354/10* da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>.

BRASIL. Plenário do Tribunal de Contas da União. *Acórdão. nº. 1632/2009*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>.

BRASIL. Plenário do Tribunal de Contas da União. *Acórdão. nº. 1930/2006*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>.

BRASIL. Plenário do Tribunal de Contas da União. *Acórdão. nº. 2917/2010*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº. 177 e 269*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Súmula nº. 263/2011*. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces?textoPesquisa=%3A*&>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Obras públicas – recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 3 ed. Brasília, 2013. p. 49. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81F35437&inline=1>>.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Recurso de Revisão – Tomada de Contas, exercício 1996*, Unidade: Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região - São Paulo. Interessado: Ministério Público junto ao TCU. Ata 39/2000. DOU de 16/10/2000. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC08213900P.pdf>.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no *Agravo Regimental em Petição nº. 11.363*, revista do direito Público, vol. 14, p. 240.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: atlas, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética. 2008.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo. Atlas, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*, 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiro, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão Eletrônico: uma nova modalidade de licitação: comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.